

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI CASSAZIONE**

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Giugno 2013

Giurisdizione - Stranieri

Cass. civ. Sez. Un. 10 giugno 2013, n. 14051, Pres. Rovelli – Est. Salmé

La domanda di risarcimento dei danni derivanti dal ritardo nell'adozione del rinnovo del permesso di soggiorno richiesto da titolare dello "status" di rifugiato, proposta in epoca anteriore all'entrata in vigore dell'art. 7 della legge 18 giugno 2009, n. 69, che ha aggiunto alla legge 7 agosto 1990, n. 241, l'art. 2 bis, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario (principio enunciato dalla S.C. ai sensi dell'art. 363 cod. proc. civ.).

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il ricorrente afferma, innanzi tutto, che il denunciato conflitto negativo di giurisdizione deriverebbe dall'identità di petitum sostanziale e di causa petendi del giudizio concluso con la sentenza del t.a.r. del Lazio del 26 luglio 2006 e di quello definito con la sentenza del tribunale di Roma del 20 settembre 2011. In entrambi i giudizi sarebbe stato chiesto il risarcimento del danno derivante dall'inerzia della pubblica amministrazione, con la sola differenza di petitum formale avente ad oggetto il risarcimento del danno in forma specifica nel giudizio davanti al t.a.r. e il risarcimento del danno per equivalente nel giudizio davanti al tribunale.

In assenza, al momento dell'introduzione dei giudizi di cui si tratta, di una norma attributiva della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie aventi ad oggetto la violazione di interessi procedurali, dovrebbe farsi ricorso ai consueti criteri di riparto della giurisdizione e quindi all'individuazione della natura giuridica della situazione sostanziale fatta valere. Nella specie tale situazione, consistente non nell'interesse al rispetto dei termini previsti per il rinnovo del permesso di soggiorno dal D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 5, comma 9, ma in quello ad ottenere il rinnovo del permesso di soggiorno in quanto titolare dello status di rifugiato, ha natura di diritto soggettivo poichè l'amministrazione non avrebbe alcun potere discrezionale, essendo vincolata a concedere il rinnovo salvo il potere di revoca della concessione dello status di rifugiato, in concreto non esercitato. Inoltre, il diritto ad ottenere tempestivamente il rinnovo del permesso di soggiorno essendo consequenziale al riconoscimento status di rifugiato ne condivide la natura di (situazione giuridica connessa a un) diritto fondamentale, comunque insuscettibile di essere degradato a interesse legittimo.

2. Il ricorso non è ammissibile.

Non sussiste, infatti, il denunciato conflitto negativo di giurisdizione essendo diversi gli oggetti del giudizio concluso davanti al t.a.r. e quello definito dalla sentenza del tribunale di Roma. A prescindere dalla diversità di petitum formale, inteso come provvedimento giurisdizionale richiesto, consistente nell'un caso nella condanna all'emanazione del provvedimento e, nell'altro, quella al risarcimento dei danni, che costituiscono forme di tutela alternative dell'interesse dedotto in giudizio, diversi sono i comportamenti della pubblica amministrazione posti a fondamento delle pretese, consistenti nell'omessa adozione del provvedimento ovvero nella adozione oltre i termini (di natura ordinatoria e acceleratorio: Cons. Stato, 27 luglio 2011, n. 4492; 11 settembre 2006, n. 5240) di cui al D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 5, comma 4.

Nè il ricorso proposto a norma dell'art. 362 c.p.c., comma 2, si può convertire in istanza per regolamento preventivo di giurisdizione, precluso dalla pronuncia della sentenza dedinatoria della giurisdizione da parte del tribunale, ovvero in ricorso ex art. 111 Cost., per saltum, per essere la sentenza del tribunale suscettibile di essere appellata.

3. Poichè la questione sollevata appare di particolare importanza la Corte, avvalendosi del potere di cui all'art. 363 c.p.c., comma 3, ritiene di enunciare il principio di diritto secondo cui la domanda di risarcimento dei danni derivanti dal ritardo nell'adozione del rinnovo del permesso di soggiorno richiesto da titolare dello status di rifugiato, proposta in epoca anteriore all'entrata in vigore della L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 7, che ha aggiunto alla L. n. 241 del 1990, art. 2 bis, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario.

Deve rilevarsi, infatti, che il richiamato della L. n. 241 del 1990, art. 2 bis, dispone che "1. Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, comma 1 ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. 2. Le controversie relative all'applicazione del presente articolo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni" e che il secondo comma di tale disposizione è stato abrogato dall'art. 4, comma 1, n. 14 delle norme di coordinamento allegate al codice del processo amministrativo approvato con D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, entrato in vigore il 16 settembre 2010, il quale, con l'art. 133, ha disposto che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo.

Per le controversie instaurate prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina che ha attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto le richieste di risarcimento dei danni da ritardo nell'adozione dei provvedimenti richiesti, deve trovare invece applicazione l'ordinario criterio di riparto della giurisdizione, sulla base della natura della situazione giuridica dedotta in giudizio.

A tal fine, come ha costantemente sottolineato la giurisprudenza amministrativa, la fonte del pregiudizio lamentato dal privato nel caso di ritardo nell'adozione del provvedimento richiesto non è tanto la violazione dei termini (perentori o ordinatori) previsti per la conclusione del procedimento amministrativo, quanto il ritardo nell'attribuzione del "bene della vita". Ora, nella specie, il rinnovo del permesso di soggiorno rientra nel complesso delle situazioni giuridiche soggettive attive ricomprese nella nozione di status di rifugiato, in quanto lo straniero al quale tale status sia riconosciuto ha diritto, fino a revoca del riconoscimento stesso, ad ottenere il permesso di soggiorno e il relativo rinnovo alla scadenza (v. D.p.r. 31 agosto 1999, n. 394, art. 11, lett. a), recante le norme di attuazione del D.Lgs. n. 286 del 1998, come modificato con il D.P.R. n. 334 del 2004, art. 11 e del D.Lgs. n. 251 del 2007, art. 23 di attuazione della direttiva 2004/83/CE). Come questa Corte ha avuto modo di affermare (Cass. sez. unite n. 11535 e 19393 del 2009) le controversie aventi ad oggetto il riconoscimento dello status di rifugiato (e delle altre forme di protezione internazionale) e, deve aggiungersi, delle situazioni giuridiche connesse a tale riconoscimento, in assenza di norme che ne attribuiscono la giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo, rientrano nella giurisdizione ordinaria in quanto attinenti alla tutela di diritti fondamentali, da riconoscere anche allo straniero che comunque si trovi nel territorio nazionale (art. 2 Cost. e D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 2) e insuscettibili di essere degradati dalla pubblica amministrazione. Alla stessa giurisdizione, pertanto, appartengono le controversie nelle quali si lamenti il pregiudizio illecitamente recato al titolare dello status di rifugiato e dei diritti connessi, da parte della pubblica amministrazione che ritardi l'adozione di provvedimenti.

Giurisdizione – Società pubbliche

Cass. civ. Sez. Un. 17 giugno 2013, n. 15121

In tema di costituzione di una società da parte di un ente pubblico, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia diretta alla declaratoria di illiceità dell'oggetto di una società mista pubblico-privata, costituita da un Comune per la gestione di servizio farmaceutico, sul presupposto della violazione tanto dell'art. 23-bis, comma secondo, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133), norma secondo cui, per il conferimento della gestione di servizi pubblici locali ad imprenditori o a società, in qualunque forma costituite, è necessario il ricorso alle procedure di evidenza pubblica, quanto dell'art. 15 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010, n. 122), disposizione che vieta a Comuni con popolazione inferiore a trentamila abitanti la costituzione di società.

Premesso che:

- con ricorso ex art. 41 c.p.c., la Farmacia (OMISSIS), e la stessa dr.ssa F.S. in proprio hanno chiesto l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario in relazione alla causa instaurata dalle stesse ricorrenti davanti al Tribunale di Bergamo, intesa a ottenere l'inibizione dell'attività farmaceutica della Farmacia di Verdello, società costituita dal Comune di Verdello e dalla Dr.ssa P.S.; l'instaurazione del giudizio di cognizione era stata preceduta da un ricorso ex art. 700 c.p.c., dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione, con provvedimento confermato in sede di reclamo;
- secondo quanto esposto nel giudizio di merito dalle ricorrenti, la società avversaria avrebbe oggetto illecito, perchè in violazione del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, art. 23 bis, comma 2, nel testo stabilito con la Legge di Conversione 6 agosto 2008, n. 133, che prescrive, per il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali, in via ordinaria, che gli imprenditori o le società in qualunque forma costituite siano individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica (e in forza della novella della citata disposizione, contenuta nel D.L. 25 settembre 2009, n. 135, art. 15, coordinato con la Legge di Conversione 20 novembre 2009, n. 166, erano inoltre fatte salve le disposizioni della L. 2 aprile 1968, n. 475, in materia di farmacie comunali, le disposizioni della L. 2 aprile 1968, n. 475); e perchè in violazione del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, art. 14, comma 32, coordinato con la Legge di Conversione 30 luglio 2010, n. 122, per il quale i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società; le ricorrenti precisano che oggetto dell'impugnazione non è la deliberazione del Comune di Verdello di costituzione della società a partecipazione mista, bensì l'atto di diritto privato di costituzione della società, per illiceità dell'oggetto sociale;
- il ricorso è stato notificato alla Farmacia Verdello e al Comune di Verdello, che resistono con controricorso e con memoria;
- nella fattispecie, trattandosi di decidere sulla questione della validità del contratto costitutivo della società mista da parte del comune e di un privato, si è al di fuori dei casi in cui l'ordinamento attribuisce espressamente al giudice amministrativo la giurisdizione sulla sorte del contratto che si pone a valle della conclusione di un procedimento amministrativo viziato; e deve farsi riferimento all'ordinario criterio di riparto di giurisdizione, secondo il quale, mentre spetta al giudice amministrativo di conoscere dei vizi del procedimento amministrativo, spetta al giudice ordinario di conoscere dei vizi del contratto, anche quando si tratti di invalidità derivata dal procedimento amministrativo presupposto dal contratto medesimo, che deve essere dedotta davanti al giudice avente giurisdizione sull'atto negoziale (Cass. Sez. un. 4116/07); rientrano pertanto nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie rivolte ad accertare l'intero spettro delle patologie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto sociale, siano esse estranee, siano sopravvenute e derivanti da irregolarità - illegittimità della procedura

amministrativa a monte, ivi compresi se le fattispecie sia di radicale mancanza del procedimento a evidenza pubblica, sia di sopravvenuta mancanza provocata dall'annullamento dell'aggiudicazione, oltre ai profili di illegittimità degli atti consequenziali compiuti dalla società già istituita, costituendo gli stessi espressione non di potestà amministrativa, bensì del sistema d'invalidità efficacia del contratto sociale e delle relative conseguenze (cfr. Cass. sez. un. 30 dicembre 2011 n. 30167);

- in particolare, con riferimento alle ipotesi di giurisdizione esclusiva contemplate dall'art. 133, lett. c del c.p.a. (D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104), la controversia non riguarda nè la concessione del servizio farmaceutico, nè provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione in un procedimento amministrativo, nè l'affidamento di un pubblico servizio, nè un provvedimento afferente al servizio farmaceutico;

- non contraddice l'indirizzo richiamato il principio - affermato da questa corte (Sez. un. 8 agosto 2012 n. 14260) in materia di dichiarazione di inefficacia o di nullità del contratto di fornitura alla P.A., nonchè di ripetizione di indebito e di arricchimento senza causa, conseguenti all'annullamento in autotutela, confermato in sede giurisdizionale, delle deliberazioni di affidamento diretto, senza indizione di gara - circa la trattazione unitaria delle domande di affidamento dell'appalto e di caducazione del contratto concluso per effetto dell'illegittima aggiudicazione, come anche delle domande restitutorie direttamente connesse alla declaratoria di inefficacia o di nullità del contratto stesso, perchè nella fattispecie non è stata proposta nessuna impugnazione contro gli atti amministrativi, cagionanti l'invalidità del contratto di società, idonea a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo e ad estenderla alle questioni conseguenti, ma solo una domanda d'invalidità del contratto costitutivo di società, che appartiene di per sè alla giurisdizione del giudice ordinario;

- deve in conclusione affermarsi la giurisdizione del giudice ordinario, al quale devono rimettersi gli atti, anche per il regolamento delle spese del presente regolamento.

Giurisdizione – Stranieri

Cass. civ. Sez. Un. 17 giugno 2013, n. 15155, Pres. Preden – Est. Macioce

Spetta al giudice ordinario, in mancanza di norma derogatrice al criterio generale, la cognizione dell'impugnazione dei respingimenti, incidendo il relativo provvedimento su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo, in quanto rivolto, senza margini di ponderazione di interessi in gioco da parte dell'Amministrazione, all'accertamento positivo di circostanze-presupposti di fatto esaustivamente individuate dalla legge ed a quello negativo della insussistenza dei presupposti per l'applicazione delle disposizioni vigenti che disciplinano la protezione internazionale.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Ritiene il Collegio che il ricorso contenga condivisibili censure alla declinatoria di giurisdizione adottata dal giudice del merito e che, pertanto, affermata la giurisdizione erroneamente negata, vada cassato il decreto e vada disposto rinvio innanzi allo stesso giudice per l'esame della proposta opposizione.

Il ricorso, preso atto della assenza di una esplicita disciplina di impugnativa del decreto di respingimento ma della prevalente giurisprudenza che assegna al giudice ordinario tale cognizione, argomenta dalla lettura del T.U. approvato con D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 10, commi 1, 2 e 4, in particolare dalla disciplina del respingimento "differito" e dalla sua incidenza sulla libertà personale del respingendo per affermare la piena attrazione della sua contestazione nell'ambito della giurisdizione generale dei diritti soggettivi.

Osserva il Collegio che, come rilevato in ricorso, la disciplina dei respingimenti risultante dal D.Lgs. n. 286 del 1998, artt. 10 e 19 non individua il giudice davanti al quale lo straniero può invocare la tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive.

Diversamente, è noto, è stato ab origine operato per la individuazione nel Tribunale, poi nel Giudice di Pace, del giudice tributario della cognizione delle opposizioni ad espulsione dall'art. 13, comma 8 dello stesso T.U..

Ciò ha ingenerato una diversità di orientamenti tanto nella giurisprudenza amministrativa quanto in quella ordinaria.

Ed infatti, secondo un primo orientamento, le controversie relative ai respingimenti con accompagnamento alla frontiera adottati dal questore ai sensi del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 10, comma 2 sono devolute al giudice ordinario avendo una omogeneità "contenutistica e funzionale" con i provvedimenti di espulsione, rispetto ai quali si pongono in un rapporto di species a genus sì che dovrebbero ritenersi applicabili anche ai respingimenti l'art. 13 del T.U. sull'immigrazione (per la giurisprudenza amministrativa v. t.a.r Sicilia, 9 settembre 2010 n. 1036 - che trae argomento anche dal rapporto con la disciplina del diritto di asilo e, in generale, del diritto alla protezione umanitaria - e 17 marzo 2009, n. 510; t.a.r Campania, 3 luglio 2007, n. 6441; t.a.r. Calabria, 23 febbraio 2007, nn. 112 e 113; t.a.r. Sicilia, 7 novembre 2006, n. 2706; t.a.r.

Calabria, 26 aprile 2006, n. 432; per la giurisprudenza ordinaria v.

giud. pace Agrigento 8 luglio 2011, n. 478 e 26 settembre 2008, n. 555).

Altro orientamento radica in capo al giudice amministrativo l'impugnazione dell'atto di respingimento adottato dal questore, in ragione della sua natura di atto autoritativo, che lo ricondurrebbe naturaliter nella giurisdizione generale di legittimità ai sensi dell'art. 103 Cost., comma 1 (v. per la giurisprudenza amministrativa, Cons. Stato, parere 4 febbraio 2011, n. 571/11; t.a.r. Lombardia, 16 febbraio 2009, n. 1312; t.a.r. Friuli Venezia Giulia 29 gennaio 2007, n. 102; t.r.g.a. Bolzano, 23 settembre 2006, n. 119; t.a.r. Piemonte 19 luglio 2005, n. 2561; t.a.r. Lazio 28 maggio 2003, n. 4830; per la giurisprudenza ordinaria v. trib.

Agrigento 26 marzo 2009; trib. Palermo 13 maggio 2005).

Ad avviso del Collegio deve ritenersi pienamente condivisibile l'opinione, fatta propria dal ricorso in disamina, che conduce ad affermare la giurisdizione del giudice ordinario non per effetto dell'applicazione analogica delle cennate disposizioni sull'opposizione alla espulsione bensì alla stregua di considerazioni desumibili dal sistema.

Non può, invero e certamente, farsi applicazione analogica del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 13, comma 8, trattandosi di norma speciale che ha abrogato la previsione contenuta nel D.L. n. 416 del 1989, art. 5, comma 3, conv. in L. n. 39 del 1990: la norma abrogatrice, invero, superava la generale attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione sulle impugnazioni dei provvedimenti prefettizi di espulsione sulla base del rilievo, emergente dai lavori preparatori (in particolare dalla relazione al d.d.l. n. 3240) secondo cui la scelta a favore del giudice ordinario, veniva operata da un canto perchè "il giudice ordinario, per struttura ed organizzazione diffuse sul territorio, appare in grado di operare entro i brevi termini previsti dalla legge" e dall'altro canto perchè tale scelta non trovava "particolari ostacoli neppure dal punto di vista sistematico": e si faceva significativo riferimento al fatto che l'ordinamento già conosceva altre ipotesi di attribuzione della giurisdizione ordinaria dei ricorsi avverso provvedimenti della pubblica amministrazione, in specie nel caso delle opposizioni ai provvedimenti di irrogazione di sanzioni amministrative.

Deve dunque, in raccordo con le premesse esigenze di mantenere ferma una coerenza di "sistema", darsi atto che il provvedimento del questore diretto al respingimento incide su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo: l'atto è infatti correlato all'accertamento positivo di circostanze-presupposti di fatto esaustivamente individuate dalla legge (D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 10, comma 2, lett. a) e b)) ed all'accertamento negativo della insussistenza dei presupposti per l'applicazione delle disposizioni vigenti che disciplinano la protezione internazionale nelle sue forme del riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria ovvero che impongono l'adozione di misure di protezione solo temporanea per motivi umanitari (D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 10, comma 2 e art. 19, comma 1). E pertanto, in mancanza di norma derogatrice che assegni al giudice amministrativo la cognizione della impugnazione dei respingimenti, deve trovare applicazione il criterio generale secondo cui la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi, proprio in ragione della inesistenza di margini di ponderazione di interessi in gioco da parte della Amministrazione, spetta al giudice ordinario.

Pare poi necessario aggiungere che il predetto accertamento negativo che costituisce requisito di legittimità del provvedimento di respingimento del questore, è diverso e indipendente dal procedimento di accertamento spettante alle commissioni territoriali:

esso, perchè svolto per la verifica del requisito di legittimità del provvedimento di respingimento del questore, non interferisce con le competenze demandate alle commissioni territoriali, alle quali, a seguito di presentazione dell'istanza dell'interessato spetta di accertare in via definitiva e previa adeguata istruttoria, anche officiosa, la sussistenza dei presupposti per la concessione dello status di rifugiato e delle altre misure di protezione internazionali. L'accertamento in discorso infatti si esprime in valutazioni necessariamente sommarie, stante l'intrinseca urgenza, e del tutto incidentali.

La appena formulata statuizione è del resto coerente con quanto questa Corte ha già avuto modo di rilevare, sia con riferimento alla situazione normativa vigente prima del 20 aprile 2005 (Cass. S.U. n. 19393 del 2009) sia con riguardo alla disciplina successiva all'entrata in vigore del D.L. 30 n. 416 del 1989, art. 1 quater (convertito in legge n. 39 del 1990), introdotto dalla L. n. 189 del 2002, art. 32, comma 1, lett. b), (Cass. S.U. n. 11535 del 2009), e cioè l'appartenenza alla giurisdizione ordinaria di tutte le controversie in materia di protezione internazionale, che comprendono le domande di tutela del diritto alla protezione umanitaria, del diritto allo status di rifugiato e del diritto costituzionale di asilo, aventi identica natura riconducibile alla categoria dei diritti umani fondamentali, che debbono essere riconosciuti allo straniero "comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato" (D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 2, comma 1). E

tali situazioni protette, in quanto coperte dalla garanzia apprestata dall'art. 2 Cost., non possono essere degradate a interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, a tal potere potendo essere rimesso solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione, facendo uso di una mera discrezionalità tecnica, essendo il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate riservate al legislatore, fermo il rispetto delle convenzioni vigenti, e in particolare dell'art. 3 CEDU (in tal senso anche Cass. n. 3898 del 2011, 10636 del 2010, 26253 del 2009).

Le ragioni appena illustrate trovano peraltro conferma nella recente sentenza 23 febbraio 2012 della Grande Chambre della Corte Europea dei diritti dell'uomo (Hirsi Jamaa e altri c. Italia), che, nel dichiarare illegittimi i respingimenti, effettuati in mare, verso la Libia, per violazione, tra l'altro, dell'art. 3 CEDU, ha affermato che "le difficoltà nella gestione dei flussi migratori non possono giustificare il ricorso, da parte degli Stati, a pratiche che sarebbero incompatibili con i loro obblighi derivanti da convenzioni". E, in particolare che "l'Italia non è dispensata dal dovere di rispettare i propri obblighi derivanti dall'art. 3 della Convenzione per il fatto che i ricorrenti avrebbero omesso di chiedere asilo o di esporre i rischi cui andavano incontro..".

Da quanto esposto discende, in conclusione, ed in totale coincidenza con il decisum e con gli argomenti della appena pubblicata ordinanza delle S.U n. 14502 del 2013, che debba essere cassato il decreto in accoglimento del ricorso e dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario: le parti dovrebbero essere rimesse davanti al tribunale territorialmente competente, non potendosi, come sopra detto, applicare analogicamente la speciale competenza del giudice di pace prevista dal D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 13, comma 8 per l'impugnazione dei provvedimenti di espulsione e dovendosi dare corso alla generale e residuale attribuzione di competenza di cui all'art. 9 c.p.c.. Ma a tale conclusione fa ostacolo la preclusione nella specie avvertasi - per la mancata denuncia impugnatoria e per il mancato rilievo officioso - con la conseguenza per la quale deve rinviare al Giudice di Pace di Agrigento il cui decreto viene in questa sede cassato.

La novità della questione consiglia di dichiarare irripetibili le spese.

Giurisdizione, Servizi pubblici

Cass. civ. Sez. Un. 28 giugno 2013, n. 16034; pRes. Preden – Est- Di Cerbo

Le controversie concernenti l'organizzazione del servizio pubblico di raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani - ivi comprese quelle aventi ad oggetto il risarcimento dei danni conseguenti all'omessa adozione dei provvedimenti necessari a prevenire o impedire l'abbandono di rifiuti sulle strade, ovvero a rimuoverne gli effetti - appartenevano alla giurisdizione del giudice amministrativo già in epoca anteriore all'entrata in vigore dell'art. 4, comma 1, del d.l. 23 maggio 2008, n. 90, convertito, con modificazioni, nella legge 14 luglio 2008, n. 123, norma che - sebbene abrogata dall'art. 4, allegato 4, del d.lg. 2 luglio 2010, n. 104 - è stata riprodotta dall'art. 133, comma 1, lettera p) del medesimo d.lg., nulla avendo innovato, ambedue tali disposizioni, in ordine al riparto della giurisdizione in detta materia, posto che la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti urbani costituiscono un servizio pubblico che la legge riserva obbligatoriamente ai Comuni, ai sensi di quanto già previsto - prima della sua abrogazione ad opera dell'art. 4, allegato 20, del già citato d.lg. n. 104 del 2008 - dall'art. 33, comma 2, lettera e), del d.lg. 31 marzo 1998, n. 80, nel testo modificato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205 (cfr. C. cost. sentenza n. 35 del 2010 e ordinanza n. 167 del 2011).

1.- Con il primo motivo il Comune deduce: "Violazione e falsa applicazione del D.L. n. 90 del 2008, art. 4, comma 1, convertito nella L. n. 123 del 2008, ovvero dell'art. 33 del DLGS 80 del 1998 come sostituito dalla L. n. 205 del 2000, art. 7, comma 1, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1", per non avere il Tribunale considerato che il risarcimento del danno da comportamento della P.A. è funzionalmente collegato all'esercizio di poteri pubblicistici qual'è la raccolta dei rifiuti solidi urbani, come dispone il D.L. n. 90 del 2008, art. 4, comma 1, convertito nella L. n. 123 del 2008 - norma procedimentale applicabile anche ai giudizi in corso, ancorchè successiva alla loro instaurazione - secondo cui sono devolute alla giurisdizione esclusiva amministrativa tutte le controversie attinenti alla complessiva gestione dei rifiuti, e quindi la causa risarcitoria per violazione del diritto alla salute è attratta nella giurisdizione del G.A..

In ogni caso la giurisdizione esclusiva amministrativa sussiste anche per effetto del D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 33, come riformulato dalla L. n. 205 del 2000, art. 7, comma 1, perchè la violazione da parte della P.A. del diritto alla salute e/o all'ambiente salubre, causata da comportamenti commissivi o omissivi nella gestione di un pubblico servizio, è comunque riconducibile ad una funzione amministrativa finalizzata al perseguimento del pubblico interesse e quindi rientrante nel precitato D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 33, secondo cui sono devolute al G.A. tutte le controversie di pubblici servizi, comprese quelle afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, sul servizio farmaceutico, trasporti, telecomunicazioni e sui servizi di cui alla L. 14 novembre 1995, n. 481, e poichè nella specie è lamentata la presunta lesione al diritto alla salute cagionata dalla P.A. nell'esercizio di un servizio pubblico, la giurisdizione spetta la G.A..

Il motivo è fondato.

Va preliminarmente riaffermato che nè il D.L. 23 maggio 2008, n. 90, art. 4, comma 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 luglio 2008, n. 123 - recante misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile - che introduceva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per tutte le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati - nè l'art. 133, comma 1, del nuovo codice del processo amministrativo, emanato con D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 - che ha abrogato (art. 4 n. 39) il precitato art. 4 allegato 4, ma - che l'ha riprodotto specificando che (lett. p) sono devolute alla

giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi della L. 24 febbraio 1992, n. 225, art. 5, comma 1, e le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati - hanno natura retroattiva, e quindi dette norme sono inapplicabili nelle controversie pendenti al momento della rispettiva entrata in vigore, valendo per esse il principio della perpetuatio iurisdictionis di cui all'art. 5 c.p.c." (Cass. S.U. 14126 del 2010).

E tuttavia le precitate norme, costituzionalmente legittime (Corte Costit. nn. 35 del 2010 e 167 del 2011), non sono innovative rispetto alle previgenti regole che presidiano alla ripartizione della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo perchè la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti urbani è un servizio pubblico che la legge riserva obbligatoriamente ai Comuni.

La normativa di riferimento *ratione temporis* applicabile è contenuta nel D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 - Attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 92/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggi. Ecologia - e le norme incidenti sulla questione attengono alla raccolta e allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani. Dopo alcuni principi generali contenuti nei primi commi dell'art. 2 - "La gestione dei rifiuti costituisce attività di pubblico interesse ed è disciplinata dal presente decreto al fine di assicurare un'elevata protezione dell'ambiente e controlli efficaci... I rifiuti devono essere recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizio all'ambiente e, in particolare: b) senza causare inconvenienti da rumori o odori", "Per il conseguimento delle finalità del presente decreto lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze ed in conformità alle disposizioni che seguono, adottano ogni opportuna azione avvalendosi, anche mediante accordi e contratti di programma, di soggetti pubblici e privati qualificati (comma 4)" - l'art. 6 definisce le singole attività che costituiscono il servizio: 1. "Ai fini del presente decreto si intende per: d) gestione: la raccolta, il trasporto, il recupero e lo smaltimento dei rifiuti, compreso il controllo di queste operazioni, nonché il controllo delle discariche e degli impianti di smaltimento dopo la chiusura; e) raccolta:

l'operazione di prelievo, di cernita e di raggruppamento dei rifiuti per il loro trasporto". Il carattere pubblico del servizio è evidenziato dall'art. 10 - riprodotto nel D.Lgs. 4 marzo 2006, n. 152, art. 188: 1.- "Gli oneri relativi alle attività di smaltimento sono a carico del detentore che consegna i rifiuti ad un raccoglitore autorizzato o ad un soggetto che effettua le operazioni individuate nell'allegato b) al presente decreto, e dei precedenti detentori o del produttore dei rifiuti", specificando: "3. La responsabilità del detentore per il corretto recupero o smaltimento dei rifiuti è esclusa: a) in caso di conferimento dei rifiuti al servizio pubblico di raccolta;..", e cioè al Comune.

Ed infatti l'art. 21 dispone: "1. I Comuni effettuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento in regime di privativa nelle forme di cui alla L. 8 giugno 1990, n. 142, e dell'art. 23. 2. I Comuni disciplinano la gestione dei rifiuti urbani con appositi regolamenti che, nel rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, stabiliscono in particolare:

- a) le disposizioni per assicurare la tutela igienico-sanitaria in tutte le fasi della gestione dei rifiuti urbani;
- b) le modalità del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani;
- c) le modalità del conferimento, della raccolta differenziata e del trasporto dei rifiuti urbani al fine di garantire una distinta gestione delle diverse frazioni di rifiuti e promuovere il recupero degli stessi;...". Nel caso di stato di emergenza dispone l'art. 13 del medesimo D.Lgs. n. 22 del 1997: "Fatto salvo quanto previsto dalle disposizioni vigenti in materia tutela ambientale,

sanitaria e di pubblica sicurezza, qualora si verificano situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente, e non si possa altrimenti provvedere, il Presidente della giunta regionale o il Presidente della provincia ovvero il Sindaco possono emettere, nell'ambito delle rispettive competenze, ordinanze contingibili ed urgenti per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti, anche in deroga alle disposizioni vigenti garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell'ambiente", e gli artt. 14 e 50, disciplinano il divieto di abbandono e deposito incontrollato dei rifiuti sul suolo, sanzionato dal Comune, a cui sono devoluti i proventi (artt. 55 e 55 bis).

Questa normativa è stata prorogata dal D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 265, fino all'emanazione della parte quarta - art. 177 e segg. - di questo provvedimento che disciplina le rispettive competenze tra Stato, Regioni e Comuni per la gestione dei rifiuti secondo il tipo, disponendo altresì che va preliminarmente potenziata la prevenzione della riduzione dei rifiuti e quindi verificata la possibilità tecnico - economica di esperire operazioni di recupero, comparando "costi e condizioni di accesso ragionevoli, e vantaggi", da potenziare come il riutilizzo ed il riciclaggio (mediante ricorso ad una rete integrata ed adeguata di impianti, secondo le migliori tecniche disponibili, comparando costi e benefici complessivi, perseguendo autosufficienza nello smaltimento dei rifiuti non pericolosi, in ambienti del territorio ottimali, secondo i piani regionali previsti dai successivi art. 199 e segg., utilizzando impianti più vicini ai luoghi di produzione o raccolta per ridurre i movimenti secondo il tipo di rifiuti, con metodi e tecnologie più idonei a garantire un alto grado di protezione dell'ambiente e della salute pubblica).

L'art. 191 di detto ultimo DLGS prevede poi, qualora si verificano situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente, e non si possa altrimenti provvedere, l'emanazione di ordinanze contingibili ed urgenti da parte del Presidente della Giunta Regionale o della provincia ovvero del Sindaco, per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti, anche in deroga alle disposizioni vigenti, sentito il parere degli organi tecnici o tecnico- sanitari locali, garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell'ambiente.

In caso di accertata inadempienza di detti organi alle precitate disposizioni di legge sono conferiti poteri sostitutivi al Ministro dell'ambiente.

Dal sistema normativo innanzi esposto consegue che ogni controversia attinente l'organizzazione del servizio pubblico di raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani - nel perseguimento del primario interesse pubblico igienico - sanitario - e l'esercizio del correlativo potere dell'Amministrazione comunale, apparteneva alla giurisdizione del giudice amministrativo (Sezioni Unite 16831 del 2002 in una fattispecie soggetta alla disciplina contenuta nel D.P.R. 10 settembre 1982, n. 915, abrogato dalla L. 5 febbraio 1997, n. 22) già prima dell'entrata in vigore della L. n. 123 del 2008 e del nuovo codice amministrativo.

Quindi, entrato in vigore il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, il servizio pubblico è stato disciplinato dall'art. 33, lett. e), come modificato dalla L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 7, (nel testo risultante dalle sentenze della Corte costituzionale n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006) - norma abrogata dall'art. 4 n. 20 del DLGS 104/2010) - che attribuiva al giudice amministrativo la giurisdizione ove si fosse in presenza dell'esercizio di potestà pubblicistiche, ancorchè incidenti su diritti e sulle connesse domande risarcitorie, eventualmente proposte in via autonoma, pur se con esse si invocò la tutela di diritti fondamentali, come quello alla salute, stante l'inesistenza nell'ordinamento di un principio che riservi esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti (Corte Costit. n. 140 del 2007, Sezioni Unite del 2009 n. 9956).

Pertanto benchè la normativa di cui ai D.Lgs. n. 22 del 1997, e D.Lgs. n. 152 del 2006, disciplini le procedure e i provvedimenti in materia di rifiuti urbani, e non i comportamenti connessi alla loro gestione, allorchè la lesione di detti diritti sia dedotta come effetto di un comportamento illegittimo perchè omissivo di adozione di provvedimenti da emettere per

prevenire, impedire, rimuovere l'abbandono dei rifiuti sulle strade, essendo il governo su di essi materia riservata alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, ad essi compete la controversia (Sezioni Unite ordinanza del 2009 n. 25798), anche in via cautelare, se il ricorrente alleggi un pregiudizio grave e irreparabile (L. n. 205 del 2000, art. 3) ad interessi essenziali della persona quali il diritto alla salute, all'integrità, dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale.

Peraltro le norme che disciplinano il conferimento del potere al Sindaco (ovvero al Governo nel caso di stato di emergenza, a norma della L. 24 febbraio 1992, n. 225, art. 5, che ha istituito il Servizio nazionale della Protezione Civile) di adottare provvedimenti contingibili e urgenti per lo smaltimento dei rifiuti anche in deroga alle disposizioni vigenti - potere, in materia di igiene, già conferito al Sindaco dalla Legge Comunale e Provinciale 4 febbraio 1915, n. 148, art. 153, - sono volte a regolamentare in modo diretto ed immediato l'esercizio della funzione pubblica e, soltanto di riflesso, le posizioni soggettive di coloro che si trovano in una situazione differenziata e qualificata rispetto a quella della generalità dei cittadini, e che perciò sono soggette alla giurisdizione amministrativa, come conferma l'art. 2 bis, introdotto dalla L. 27 gennaio 2006, di conversione del D.L. 30 novembre 2005, n. 245 (Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dei rifiuti nella regione Campania ed ulteriori disposizioni in materia di protezione civile): "In tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi della L. 24 febbraio 1992, n. 225, art. 5, comma 1, la competenza di primo grado a conoscere della legittimità delle ordinanze adottate e dei consequenziali provvedimenti commissariali spetta in via esclusiva, anche per l'emanazione di misure cautelari, al tribunale amministrativo regionale del Lazio, con sede in (OMISSIS)", e tale norma è applicabile anche ai processi in corso (art. 2 quater).

2.- Con il secondo motivo il Comune deduce: "Violazione e falsa applicazione della L. n. 225 del 1992, artt. 3, 5 e 15, e violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 50, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3", per aver il Tribunale sbrigativamente escluso la responsabilità del Commissario Straordinario di Governo. Il quadro di riferimento è la L. n. 225 del 1992, che istituisce il servizio nazionale della protezione civile le cui competenze, a norma dell'art. 2, sono: "a) eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che possono esser fronteggiati mediante interventi attuabili dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria; b) eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che per loro natura ed estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria; c) calamità naturali, catastrofi, o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono esser fronteggiati con mezzi e poteri straordinari". In quest'ultima ipotesi l'art. 2, comma 1, prevede che il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente - ovvero per sua delega, del Ministro per il coordinamento della Protezione Civile - delibera lo stato di emergenza determinando durata ed estensione territoriale in riferimento alla qualità e natura degli eventi con possibilità in tal caso di adottare provvedimenti contingibili e urgenti, anche in deroga alla legislazione vigente, e con facoltà del Presidente del Consiglio di avvalersi di Commissari Delegati. Ed infatti il Presidente del Consiglio, con decreto dell'11 febbraio 1994, atteso il grave stato della Regione Campania nel settore dello smaltimento rifiuti solidi urbani, non essendo ancora stato adottato dall'ente regionale il piano strategico e di emergenza per lo smaltimento dei rifiuti e attese le condizioni di sovraccarico di alcune discariche della Regione e la chiusura di altre, ai sensi della L. n. 225 del 1992, art. 5, comma 7, lett. c), ha dichiarato lo stato di emergenza della situazione determinatasi nel settore dello smaltimento rifiuti solidi urbani fino al 30 aprile 1994, e tale provvedimento è stato successivamente prorogato fino al 31 dicembre 2007. In tale ambito con ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri del 31 marzo 1994, il Commissario di Governo per la Regione Campania - dapprima Prefetto di Napoli e poi Presidente della Regione Campania - è stato delegato ad attivare d'intesa con il Ministro dell'Ambiente e sentite le amministrazioni locali, gli interventi necessari per fronteggiare l'emergenza. Quindi non vi è nessuna competenza delle amministrazioni locali ad assumere

iniziative o adottare provvedimenti perchè l'intera organizzazione normativa è volta ad assicurare lo svolgimento e la gestione unitaria e coordinata della situazione di crisi, in ragione del suo carattere sovracomunale e sovraprovinciale. Ed infatti la L. n. 225 del 1992, art. 15, pur assegnando al Sindaco, al verificarsi di una situazione di emergenza, poteri di direzione e coordinamento dei servizi di soccorso e assistenza, al terzo comma limita tali competenze al verificarsi dell'emergenza nel territorio comunale, con obbligo di dare comunicazione immediata degli eventi al Prefetto e al presidente della Giunta Regionale. Quindi il potere dell'amministrazione comunale è limitato ad una situazione di emergenza di segnalazione all'amministrazione centrale, previa l'adozione di misure di soccorso e assistenza, mentre lo stato di emergenza va dichiarato a norma del precitato art. 5 dall'amministrazione centrale, con ogni conseguenza sull'imputabilità dell'operato. I rifiuti hanno stazionato lungo le strade per l'impossibilità di trasferire i rifiuti raccolti dalla ditte alle discariche la cui chiusura è stata disposta dall'autorità statale ed i siti di stoccaggi sono gestiti direttamente dal Commissario Straordinario a cui perciò compete la materia dell'emergenza rifiuti sottratta agli enti locali. Alla stessa Presidenza del Consiglio dei Ministri infatti competeva pianificare e gestire la raccolta dei rifiuti e dell'intero ciclo, compreso il ritiro dalle strade e la turnazione dei Comuni autorizzati a sversare in discarica i rifiuti collocati momentaneamente nei siti di trasfereza. Per questo anche la domanda di risarcimento danni per la requisizione di area da destinare allo smaltimento rifiuti solidi, trattandosi di provvedimento contingibile ed urgente per l'emergenza rifiuti, va proposta nei confronti dell'autorità centrale statale e se mai del Sindaco quale ufficiale di Governo. Ancora il D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 50, comma 5, stabilisce che il sindaco esercita le funzioni di emergenza sanitaria o igiene pubblica a carattere esclusivamente locale e adotta le ordinanze contingibili ed urgenti, ma negli altri casi, compresa la costituzione di centri ed organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali e l'emergenza sanitaria derivante dai rifiuti doveva esser assunta dallo Stato, con esclusione di ogni responsabilità del Comune.

3. - Con il terzo motivo deduce: "Omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto controverso e decisivo per il giudizio ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5", per non avere nè il giudice di primo grado, nè di secondo grado, spiegato l'iter logico nel ravvisare la responsabilità del Comune ai sensi dell'art. 2043 c.c., in collegamento causale con l'emergenza rifiuti, secondo i principi della verifica contro - fattuale, applicabile anche per i comportamenti omissivi, essendosi limitata la sentenza impugnata ad equiparare la fattispecie a quella dell'insidia e trabocchetto delle strade per la cui omessa manutenzione il Comune è responsabile essendo custode delle stesse.

4.- Con il quarto motivo deduce: "Violazione e falsa applicazione degli artt. 2059 e 2697 c.c., con riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3", per non avere la M. provato di aver subito la lesione di un diritto costituzionalmente garantito a sostegno del riconosciuto danno esistenziale, nè avendo dimostrato l'incidenza della mancata raccolta di rifiuti sulla sua salute rispetto al periodo precedente ai fini del danno biologico.

I motivi, attinenti al merito della controversia, sono assorbiti dall'accoglimento del primo motivo di ricorso.

Concludendo, poichè la posizione giuridica soggettiva fatta valere attiene all'esercizio, ancorchè illegittimo o mancato, del potere che la legge attribuisce al Comune per la gestione del servizio pubblico di raccolta e rifiuti urbani nel pubblico interesse, va accolto il ricorso, cassata la sentenza impugnata e dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo.

Si compensano le spese dell'intero giudizio.

Giurisdizione – Difetto assoluto di

Cass. civ. Sez. Un. 28 giugno 2013, n. 16305, Pre. PReden – Est. D'Ascola

In tema di intese tra lo Stato e le confessioni religiose diverse dalla cattolica, di cui all'art. 8, terzo comma, Cost., la deliberazione del Consiglio dei Ministri che, ai sensi dell'art. 2, comma 3, lett. 1), della legge n. 400 del 1988, rifiuta l'apertura della trattativa a cagione della non qualificabilità confessionale e religiosa dell'associazione richiedente (nella specie, Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti) non ha natura di atto politico ed è, quindi, sindacabile dal giudice amministrativo, poiché l'interesse fatto valere dall'istante riposa sui precetti costituzionali che fondano i diritti di libertà religiosa e negare la sindacabilità del diniego di trattativa equivarrebbe a privare di tutela il soggetto richiedente, aprendo la strada ad una discrezionalità foriera di discriminazioni.

MOTIVI DELLA DECISIONE

2) Nei precedenti gradi di giudizio sono rimaste contumaci le confessioni religiose intimate, alle quali il ricorso è stato notificato. In relazione alla sopravvenuta definizione di nuove intese ex art. 8 Cost., non v'è materia per integrare il contraddittorio, non sussistendo ipotesi di litisconsorzio necessario.

Dalla materia del contendere, che attiene alla fase preliminare di futura intesa dello Stato con UAAR, non discende alcun interesse attuale delle confessioni religiose a interloquire in questo giudizio.

3) Il ricorso dell'avvocatura erariale denuncia il difetto assoluto di giurisdizione e lamenta violazione e/o falsa applicazione del R.D. n. 1054 del 1924, art. 31, (ora D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 7, comma 1, ultimo periodo), che reca: "Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico".

Il Governo insiste nel definire atto politico insindacabile il rifiuto di avviare le trattative per la conclusione dell'intesa.

Considerato indiscusso il requisito soggettivo dell'atto, in quanto proveniente dal Consiglio dei Ministri, il ricorso desume la sussistenza del requisito "oggettivo" dalla circostanza che l'art. 8 Cost., ("Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge. Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano. I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze") è, al c. 3, norma sulla produzione giuridica.

Le intese sarebbero pertanto una "condizione di legittimità costituzionale", finalizzata all'emanazione di una legge, e non "negozi" valutabili "sotto il profilo della conformità a preesistenti regole giuridiche".

La confessione religiosa acattolica che miri ad un'intesa sarebbe portatrice di un'aspirazione di mero fatto, rifiutabile con atto estraneo alla funzione amministrativa, espressione della funzione di indirizzo politico riconosciuto al governo in materia religiosa.

3.1) Parte ricorrente afferma che, anche dopo la stipula di un'intesa, il Governo è libero di non darvi ulteriore corso in sede legislativa e ne inferisce la insussistenza di un obbligo di avviare le trattative. Aggiunge che, a prescindere dalle intese, le confessioni religiose sono libere di organizzarsi, sicché la mancanza dell'intesa non compromette la garanzia di eguale libertà.

4) Il ricorso non merita accoglimento.

Il nucleo della controversia è costituito dalla qualificazione come atto politico del provvedimento che nega l'inizio della trattativa, a cagione della non qualificabilità dell'associazione istante come confessione religiosa. La nozione di atto politico, atto costituzionale di cui in passato la dottrina ha indagato approfonditamente gli aspetti teorici, viene attualmente interpretata in senso molto restrittivo.

4.1) La Corte costituzionale, riprendendo significativi spunti contenuti nella sentenza n. 103/93, ha avuto modo di recente di precisare che l'esistenza di aree sottratte al sindacato giurisdizionale, pur essendo innegabile, va confinata entro limiti rigorosi. Ha affermato che: "gli spazi della

discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto. Nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate (Corte Cost. 5 aprile 2012 n. 81)".

Giunge in tal modo a compimento, e ci si limita ad un cenno (sul diritto alla tutela giurisdizionale come "supremo principio dell'ordinamento costituzionale" va ricordata la fondamentale C. Cost. n. 18/1982), una traiettoria di comprensione del combinato disposto degli artt. 24 e 113 Cost., norma secondo la quale la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

4.2) E' stato notato che il Consiglio di Stato (C.S. n.4502/11;

2718/11) ha distinto gli atti politici quale espressione della libertà (politica) riconosciuta dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili ad esso inerenti e, quindi, liberi nella scelta dei fini, dagli atti di alta amministrazione che, seppure espressione di ampia discrezionalità, sono comunque soggetti, ex art. 113 cost., al sindacato giurisdizionale. Ha in tal modo marcato la residuante dell'atto (costituzionale) politico.

La Corte Costituzionale, pur consapevole della possibilità che talora la divergenza tra atti di diversi organi statuali possa trovare soluzione solo in sede di conflitto di attribuzione, ha però, come si è visto, in sostanza avallato la rilevanza del parametro giuridico come strumento di individuazione degli atti sindacabili giurisdizionalmente.

4.3) Anche la giurisprudenza delle Sezioni Unite (cfr SU n. 11263/06;

1170/00; 21581/11) ha confinato in margini esigui l'area della immunità giurisdizionale, da escludere allorché l'atto sia vincolato ad un fine desumibile dal sistema normativo, anche se si tratti di atto emesso nell'esercizio di ampia discrezionalità.

In concreto è la materia delle relazioni internazionali quella in cui si esprime "una funzione politica", attribuita ad un organo costituzionale, che per sua natura è "tale da non potersi configurare, in rapporto ad essa, una situazione di interesse protetto a che gli atti in cui si manifesta assumano o non assumano un determinato contenuto" (così SU 8157/02).

Se è vero che questo indirizzo è stato sorretto dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, (sez. grande chambre, 14/12/2006, n. 1398, fattispecie relativa alla guerra del Kosovo), va tuttavia evidenziato non solo che questa pronuncia è stata corredata da opinioni dissenzienti, ma anche che la - pur dubbia - politicità estrema della casistica in materia bellica funge da chiave di lettura in senso riduttivo degli ambiti sottratti alla giurisdizione.

4.3.1) Questa considerazione vale a mettere in maggiore evidenza che la materia religiosa, per il suo essere tradizionale terreno di azioni antiumanitarie, è tra quelle in cui più sensibile è la tensione opposta, che induce a consentire l'accesso alla tutela giurisdizionale in funzione antidiscriminatoria. Da più sentenze, ha notato la relazione dell'ufficio del Massimario, con osservazione che merita di essere ripresa, si evince che "la Corte Europea dei diritti dell'uomo riconosce ad ogni confessione un interesse giuridicamente qualificato per l'accesso agli status promozionali, anche su base pattizia;

impone alle autorità nazionali di predisporre criteri di accesso non discriminatori e di adottare congrue motivazioni d'esercizio; ammette il sindacato giurisdizionale sulla ragionevolezza dei criteri predisposti e sull'idoneità delle motivazioni adottate, in funzione di tutela della posizione soggettiva incisa" (CEDU, 31 luglio 2008, n. 40825/98; 19 marzo 2009, n. 28648/03; 30 giugno 2011, n. 8916/05;

9 dicembre 2010, n. 7798/08; 6 novembre 2008, n. 58911/00).

5) In questo quadro, e soprattutto alla luce di queste ultime considerazioni, diviene più agevole l'esame dei profili di ricorso.

L'iniziativa dell'UAAR ha fatto venire all'attenzione della dottrina il tema dei rimedi giuridici contro il diniego di intesa con le confessioni religiose, questione che impone di sgomberare preliminarmente il campo da due suggestioni, utilizzate da parte ricorrente in memoria.

In primo luogo va detto che non è particolarmente significativo il disposto della L. n. 400 del 1988, art. 2, comma 3, lett. L), laddove elenca tra gli atti sottoposti alla deliberazione del Consiglio dei Ministri gli atti concernenti i rapporti previsti dall'art. 8 Cost..

La provenienza dell'atto impugnato dal Governo non implica che esso sia da iscrivere tra gli atti politici insindacabili, poichè si è già detto che occorre indispensabilmente indagare il requisito oggettivo dell'atto politico, cioè, specularmente, la (non) sussistenza in capo al richiedente l'intesa di un interesse protetto giustiziabile.

5.1) In secondo luogo va escluso che abbia portata decisiva un passaggio della sentenza 346/2002 della Corte costituzionale, con la quale, sulla scia di Corte Cost. 195/93, fu dichiarata incostituzionale una normativa regionale nella parte in cui condizionava l'erogazione dei contributi a favore delle confessioni religiose al requisito dell'avere queste stipulato un'intesa con lo stato, ai sensi dell'art. 8 Cost., comma 3.

La Corte costituzionale in quella sede rilevò che nella stipulazione delle intese il governo "non è vincolato oggi a norme specifiche per quanto riguarda l'obbligo, su richiesta della confessione, di negoziare e di stipulare l'intesa". Su questa constatazione non vi può essere dubbio, giacchè manca, tuttora, la sede propria di queste norme, cioè una legge generale sul fenomeno religioso.

E' opinione diffusa che se una legislazione siffatta esistesse, il sistema delle garanzie generali ne uscirebbe rafforzato, poichè essa riguarderebbe ogni manifestazione collettiva del sentimento religioso e farebbe affievolire il tentativo (o il pericolo) di conquista, tramite le intese, di discipline privilegiate.

Nondimeno, l'assenza di normazione specifica non è di per sè un impedimento a contrastare in sede giurisdizionale il rifiuto di intesa che sia fondato sul mancato riconoscimento, in capo al richiedente, della natura di confessione religiosa.

E' stato autorevolmente osservato che risponde a un'illusione positivistic - legalistica pretendere in ogni caso l'intervento legislativo: vi sono infatti principi fondamentali che sono immanenti nell'ordinamento senza essere stati posti espressamente; esistono inoltre - e sono rilevanti in sede giurisdizionale - principi costituzionali che informano le singole discipline e danno sostanza a diritti e interessi.

6) Si intuisce per questa via la correttezza di fondo della soluzione prescelta dal Consiglio di Stato nella sentenza 6083/11.

Il principio di laicità dello Stato, "che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della repubblica" (Corte Cost. 203/1989) implica che in un regime di pluralismo confessionale e culturale sia assicurata l'eguale libertà delle confessioni religiose.

Al tempo stesso i rapporti tra Stato e confessione religiosa sono regolati secondo un principio pattizio, con la stipula delle intese.

Anche se l'assenza di una intesa con lo Stato non impedisce di professare liberamente il credo religioso, è in funzione dell'attuazione della eguale libertà religiosa che la Costituzione prevede che normalmente laicità e pluralismo siano realizzati e temperati anche tramite il sistema delle intese stipulate con le rappresentanze delle confessioni religiose.

Il concetto è gravido di significati: come è stato insegnato da attenti studi, si devono garantire contemporaneamente, di regola tramite le intese: l'indipendenza delle confessioni nel loro ambito, nell'accezione più estesa; il loro diritto di essere ugualmente libere davanti alla legge; il diritto di diversificarsi l'una dall'altra; ma anche la garanzia per lo Stato - ecco il senso della regolamentazione dei rapporti - che l'esercizio dei diritti di libertà religiosa non entri in collisione, per quanto è possibile, con le sfere in cui si manifesta l'esercizio dei diritti civili e del principio solidaristico cui ogni cittadino è tenuto.

6.1) In questa ottica, stabilire la qualificazione di confessione religiosa è una premessa basilare per la salvaguardia dai valori di cui si discute.

La Corte costituzionale ha già detto (v. ancora Cost. 346/02) che all'assenza, nell'ordinamento, di criteri legali precisi che definiscano le "confessioni religiose" si può sopperire con i "diversi criteri, non vincolati alla semplice autoqualificazione (cfr. sentenza n. 467 del 1992), che nell'esperienza giuridica vengono utilizzati per distinguere le confessioni religiose da altre organizzazioni sociali". E ancor prima (C. Cost. 195/93) aveva ritenuto che la natura di confessione può risultare "anche da precedenti riconoscimenti pubblici, dallo statuto che ne esprima chiaramente i caratteri, o comunque dalla comune considerazione".

E' nel giusto quindi la sentenza impugnata quando sostiene che rientra tutt'al più nell'ambito della discrezionalità tecnica l'accertamento preliminare relativo alla qualificazione dell'istante come confessione religiosa.

6.2) Posto ciò, è da credere che sia errato il ricorso laddove pretende che la caratteristica di legge rinforzata che è propria del procedimento di approvazione legislativa dell'intesa sia indice di potestà insindacabile.

E' vero il contrario.

Il procedimento di cui all'art. 8 è in funzione, come ha sottolineato il - procuratore generale in udienza, della difesa delle confessioni religiose dalla lesione discriminatoria che si potrebbe consumare con una immotivata e incontrollata selezione degli interlocutori confessionali; è in funzione anche della migliore realizzazione di quell'equilibrio di valori che si è prima tentato di tratteggiare.

7) La posizione del richiedente l'intesa mira dunque a ottenere che il potere di avviare la trattativa sia esercitato in conformità alle regole che l'ordinamento impone in materia, che attengono in primo luogo all'uso di canoni obbiettivi e verificabili per la individuazione delle confessioni religiose legittimate.

Il fondamento dell'interesse fatto valere riposa direttamente sui precetti costituzionali che fondano i diritti di libertà religiosa.

L'attitudine di un culto a stipulare le intese con lo Stato non può quindi essere rimessa alla assoluta discrezionalità del potere dell'esecutivo, che è incompatibile con la garanzia di eguale libertà di cui all'art. 8, comma 1.

Nè lo Stato può trincerarsi dietro la difficoltà di elaborazione della definizione di religione. Se dalla nozione convenzionale di religione discendono conseguenze giuridiche, è inevitabile e doveroso che gli organi deputati se ne facciano carico, restando altrimenti affidato al loro arbitrio il riconoscimento di diritti e facoltà connesse alla qualificazione.

8) Va ancora data risposta alla tesi che nega la giustiziabilità del diniego di avvio delle trattative in relazione al possibile mancato esito di esse, qualora il Governo, o per inconciliabilità di proposte, o per volontà politica, non concludesse la trattativa o rifiutasse di dare impulso legislativo alla intesa raggiunta.

Questa prospettiva non è decisiva per precludere la pretesa all'apertura della trattativa e all'implicito riconoscimento della qualità di confessione religiosa del soggetto istante, pretesa costituzionalmente presidiata.

Non è inutile ricordare che di fatto le intese si stanno atteggiando, nel tempo, in guisa di normative "per adesione", innaturalmente uniformandosi a modelli standardizzati.

Al di là di questa circostanza, pure non priva di riflessi, va ribadita la distinzione: l'apertura della trattativa è dovuta in relazione alla possibile intesa, disciplinata, nel procedimento, secondo i canoni dell'attività amministrativa; la legge di approvazione segue le regole e le possibili vicende, ordinarie o conflittuali, proprie degli atti di normazione.

La Corte di Cassazione non deve e non vuole pronunciarsi sulla esistenza di un diritto alla chiusura della trattativa o all'esercizio dell'azione legislativa: esula dall'ambito decisionale che è qui configurato.

Per la decisione della causa è sufficiente stabilire che le variabili fattuali della seconda fase non incidono sulla natura della situazione giuridica che sta alla base della bilateralità pattizia voluta dal costituente. Negare la sindacabilità del diniego di apertura della trattativa per il fatto che questa è

inserita nel procedimento legislativo significa privare il soggetto istante di tutela e aprire la strada, come ha indicato il C.d.S., a una discrezionalità foriera di discriminazioni.

Discende da quanto esposto il rigetto del ricorso.

Le spese di lite devono essere compensate, attesa la eccezionale novità del caso.